

法无禁止即自由的解释与适用

——基于已公开的裁判文书的考察

江秋伟

【摘要】在现代国家,法律在于确保人的自由。而法无禁止即自由的思想,贯穿于自由主义和现代政治的理念之中。基于法院适用法无禁止即自由的95个司法案例的考察,法无禁止即自由体现为私法原则与公法原则,法院适用的场域绝大部分出现在民事案件,其次是行政案件。不过,部分法院对“法无禁止即自由”产生了单薄理解和不当适用。无论是作为私法原则还是公法原则,法无禁止即自由实质上应当关联到授权的国家理论以及自主的公民形象。法无禁止即自由在国家与公民的关系中,主要是确定自由的法律,而在公民与公民的关系中,则主要是确定法律框架内的自由密度。

【关键词】现代国家;自主;私法原则;公法原则

【作者简介】江秋伟,浙江大学光华法学院博士研究生。

【原文出处】《法治社会》(广州),2019.3.23~34

引言

法律与自由的关系,向来是法学研究的重心。一般而言,现代国家的正当性基础在于人民,现代国家的基本职能在于实现人民的自由、平等与福祉。在这个意义上,虽然法律具有特定的结构,但是其最终目标之一在于实现人民的自由。然而在现代国家兴起之前,法律却是君主统治的工具,而不是人民实现自由、平等与福祉的公器。此后,随着法国大革命推翻了君主统治,建立起人民国家,法无禁止即自由成为了现代国家基本信条,表征了现代国家行为的界限。《法国人权宣言》第5条规定,法律仅仅禁止有害于社会的行为,凡是未经法律禁止的行为,都不得受到妨碍,凡是未经法律要求的行为,都不得受到强制。正如学者所言:“人权宣言第一次给实证法注入了个人权利可以对抗作为一个整体的国家这一观念,而这一观念在此之前只在自然法中存在。”^①就此而言,法无禁止即自由指向的是国家与公民之间的关系。

实际上,从思想史上而言,法无禁止即自由的思想,贯穿于自由主义和现代政治的理念之中。霍

斯认为:“我们可以看到,世界上没有一个国家能订出足够的法规来规定人们的一切言论和行为,这种事情是不可能办到的;这样就必然会得出一个结论说:在法律未加规定的一切行为中,人们有自由去做自己的理性认为最有利于自己的事情。”^②在霍布斯的框架中,法律在于为臣民提供保护,但是法律未加以规定之处,才是臣民的自由。“法律没有一个人或一群人掌握武力使之见诸实行,就无力保护他们。因此,臣民的自由只有在主权者未对其行为加以规定的事物中才存在。”^③以社会契约论的集大成者约翰·洛克的理论为例,国家(政府)的建立来自人民的委托与授权,而正是人们同意了国家的建立,使得他们要受到国家权力的拘束。为了脱离自然状态,人们必须建立一种由多数人意见转化而来的公共权力。^④在洛克看来,“人类天生都是自由、平等和独立的,如不得本人的同意,不能把任何人置于这种状态之外,使受制于另一个人的政治权力。”^⑤

就此而言,法无禁止即自由对于现代国家而言,其意义重大非凡。然而,由于人类并非生活于真空

之中,而是寓于一种具有历史现实的公共生活之中,因而任何权利或者观念的产生,都无法完全脱离历史现实。正如耶利内克所言:“没有任何一种理论,也没有任何一种事务,无论其可能看起来多么抽象,能够完全在历史现实领域之外对其所在的时代产生影响。”^⑥因此,法无禁止即自由的理解与适用,往往还需要与具体国家的现实相勾连,才能予以现实化。

我国学界对于法无禁止即自由的研究,主要集中于其含义与适用范围。除了有论者基于法律适用的灵活性而认为法无禁止即自由已经失去了意义之外,^⑦学界一般认为,法无禁止即自由作为一项现代国家的价值,具有广泛的适用空间。具体而言,法无禁止即自由被认为是一个私法原则,相比之下,法无授权即不可为是一个公法原则。不过,在部分研究者看来,法无禁止即自由并非仅仅指向私法领域。尤其是,这里所谓的“法”,应当是一种良法,否则法无禁止即自由可能成为专制主义的工具。^⑧只要公民不违反强制性规范,公权力机关就不能以任何名义干预公民行为。^⑨而在私法领域,只要行为人不侵犯他人的权利,就应当拥有充分的自由;法无禁止即自由是意思自治的具体化命题,法律需要满足特定条件才能为私人自治提供最大的空间。^⑩然而有论者则认为,由于法无禁止即自由与法无授权即不可为是一种消极权利意义上的原则,因而在推进公民积极权利的领域,应当允许公权力“法无禁止即可为”。^⑪不过,基于现代国家是建立在人民认可和审慎之上的,公权力应当基于明确的法律规定而行动。特别是基于公民积极权利的实践而赋予公权力以不受法无禁止即自由的限制,可能导致公权力明修栈道,暗度陈仓。这至少说明,学界关于法无禁止即自由的理解,基本上是在公权力与私权利区分的基础之上。然而一方面,学界对于法无禁止即自由是作为一项公法原则、私法原则,抑或普遍化原则并没有得到很好的理论澄清。另一方面,关于法无禁止即自由的结构,同样需要基于事实类型化作进一步的拓展。

特别是,由于这些理论的讨论缺乏更为细致的语境以及事实分析,使得当前的研究难以更为深入地剖析法无禁止即自由。事实上,从我国司法案例

出发,归纳和总结出法无禁止即自由的解释与适用,能够为进一步的理论分析提供丰富的视角与素材。本文试图结合司法实践案例,反思既有的理论,澄清认识上的盲点。具体而言,本文主要以各级人民法院在裁判理由中涉及“法无禁止即自由”的95个判决书作为对象,试图在规范意义上回答法无禁止即自由的解释与适用。具体而言,本文第二部分通过考察各级人民法院解释与适用法无禁止即自由的实践,指出其中存在的问题。第三部分则是从法无禁止即自由的理论基础上,厘清法无禁止即自由的性质。第四部分则是从规范意义上建构法无禁止即自由的一般框架,为解释和适用法无禁止即自由提供理论上的支撑。

一、法无禁止即自由的法院实践

本文通过“中国裁判文书网”“无讼案例”进行案例检索,具体检索裁判文书“裁判理由”部分包含“法无禁止即自由”“法不禁止即自由”“法无禁止便自由”“法不禁止便自由”(后三者都是前者的同义词),通过排除重复以及与法无禁止即自由无关的案例,获得95份裁判文书,涉及的裁判年份为2011至2018年。^⑫其中绝大部分是民事案例,共有92个,行政案例为3个。这种实践状态反映了法无禁止即自由主要作为私法原则的观念。这些案例主要涉及合同纠纷、劳动争议、侵权纠纷,占80%以上,其他还包括不当得利纠纷、不正当竞争纠纷、继承纠纷、相邻纠纷、探视纠纷、行政处罚等等。

就考察目的而言,由于本文主要考察法院如何解释和适用法无禁止即自由,因而笔者主要集中于考察法院如何基于法无禁止即自由进行说理的。具体而言,本文主要集中于这些裁判文书的裁判理由部分,并且对其进行类型化,通过其中最具有典型意义的裁判来说明法院的实践。

(一)法院适用法无禁止即自由的类型

从裁判文书所涉及的法律关系上看,法无禁止即自由涉及了私人关系与公私关系两种类型。不过,法无禁止即自由的解释与适用,主要体现在私法领域,而在公法领域仅有少量的案例。为了具体考察法无禁止即自由在裁判理由中的作用,还可以从法无禁止即自由与当事人的请求权基础的关系上切

人。具体而言,无论是作为私法还是公法原则,法无禁止即自由要么被用来证立当事人的请求权基础,要么被用来反驳当事人的请求权基础。

1. 作为私法原则的法无禁止即自由

作为私法原则的法无禁止即自由,适用于私人关系中。在92个民事案例中,绝大部分的案例适用法无禁止即自由,在于证成当事人的请求权基础,只有在少量的案例适用法无禁止即自由在于反驳当事人的请求权基础。通过法无禁止即自由的解释与适用,审理法院试图澄清一种现代人的形象。具体而言,在私法关系中,除非法律明确禁止,人与人之间是意思自治以及行动自由的。总而言之,法无禁止即自由以相应的法律框架为前提的,当事人是否拥有自由,依赖于对相应法律框架的理解,正如一审审理法院所言:“虽然现行法律对预租合同没有明确规定,所谓‘法无禁止即自由’,当事人有权签订预租合同,但并不意味只要是签订了预租合同即当然合法有效。”^⑧

第一,法无禁止即自由的适用在于证成当事人之间的意思自治。这种类型往往涉及当事人之间存在合同或其他契约关系。在这些私法关系中,法无禁止即自由与意思自治往往勾连在一起。尤其是在解释和适用法无禁止即自由的过程中,审理法院一方面通过法无禁止即自由来否定私法关系中存在法律禁止性规定,另一方面进一步在法无禁止即自由的基础上,通过意思自治证成当事人的请求权基础。以下以三个典型案例说明之。首先,当事人有意思自由安排自己的权利。在“南昌欧风置业有限公司、南昌茵梦湖置业有限公司民间借贷纠纷案”中,审理法院认为:“法律、行政法规对保证的债权是否确定具体的数额没有强制性的规定,本案的民间借贷以及由此形成的保证关系,与公序良俗也不存在直接的联系。对于民事主体来说,法无禁止即自由,在法律的框架内可以自由设立民事法律行为。”^⑨就此而言,在审理法院看来,只要是在法律所划定的范围之内,当事人有自由安排其权利义务关系。其次,当事人有意思自由以特定的形式安排自己的权利。在“吴某、施某法定继承纠纷案”中,审理法院认为:“对于夫妻共同遗嘱,我国继承法没有明确的规定,但同时也没有禁止性规定。因此,按照法无禁止

即自由的原则,夫妻双方可以用共同遗嘱处分其共同财产。”^⑩在审理法院看来,虽然共同遗嘱既不是我国法律明确规定的遗嘱形式,亦非我们法律明确禁止的遗嘱形式,然而只要是当事人意思自治的结果,应当受到法律的保护。最后,当事人可以形成自损其利的合约关系。在“上海峰领环保科技有限公司与苏州欧尚超市有限公司服务合同纠纷案”中,审理法院认为:“案涉合同中关于‘甲方经提前一个月书面通知乙方,可以提前解除本合同而无须承担任何违约责任’的约定,系双方真实意思表示,属于双方对各自权利义务的安排与处分,不违反法律、行政法规的禁止性规定,根据‘法无禁止即自由’的一般法理及意思自治原则,当事人之间的约定应属有效。”^⑪因此,在审理法院看来,只要当事人的行为不违反法律法规的禁止性规定,那么即使一方当事人在合同关系中自损其利,也是其意思自治的结果,理应受到法律的保护。

第二,法无禁止即自由的适用在于证成当事人之间的行动自由。这种类型往往涉及当事人不存在合同关系,但是基于法无禁止即自由的理解,审理法院试图证成或否定当事人的请求权基础,进而确定当事人的行动自由。一方面,审理法院通过法无禁止即自由来推定当事人的权利,另一方面,审理法院通过法无禁止即自由来证成一方当事人的行动自由,进而否定另一方当事人的权利。以下以两个典型案例说明之。首先,在法律框架内,当事人有从事特定行为的权利或者资格。在“上诉人郭华与被上诉人孙洪法居间合同纠纷案”中,上诉人认为居间合同之居间人应当具备资格,然而审理法院认为:“《中华人民共和国合同法》对居间人的资格并无特别规定,……居间人之性质本就为信息之流通及谈判之促成,非属专业知识之必需,故对其资格不作限制,且法无禁止即自由,故其上诉理由不能成立。”^⑫在审理法院看来,一方面法律对于居间人资格没有限定,另一方面居间人之资格并非交易需要,因此当事人应当有资格从事居间人的活动。其次,当事人只要履行特定的注意义务,就有进行特定行为的自由。在“周晓红与吕平相邻污染侵害纠纷案”中,审理法院认为:“对于私法领域,法无禁止即自由。因在重庆市,在现有的法律法规及政策框架下,小区内养鸽

并不被禁止。故在合理容忍范围内,原告并不能因安居权受到影响即完全剥夺邻里养鸽的权利。”^⑧在该案中,审理法院认为,只要当事人履行了相应的注意义务,那么其喂养鸽子的自由不应当受到妨碍。

可以看到,在这些案例之中,作为私法原则的法无禁止即自由在法律的框架内,发挥着证立当事人的意思自治与行动自由的功能。法无禁止即自由的背后,实际上都预设着一个理性而自由的私主体形象。而正是这一理性而自由的主体,构成了良善之法律秩序的关键。

2. 作为公法原则的法无禁止即自由

作为公法原则的法无禁止即自由,适用于公法关系中。在3个行政案例中,有的案例适用法无禁止即自由,在于否定行政机关具体行政行为法律基础;有的案例适用法无禁止即自由,则在于证成行政机关具体行政行为的合法性。通过法无禁止即自由的解释与适用,审理法院试图塑造一种国家公法形象。这种国家形象,基于不同审理法院的理解,展示出了不同的样态。

第一,法无禁止即自由为行政机关的行为划定了边界。现代国家作为公共机构,其职权都是由法律明确规定的。在这个意义上,只要没有相应的法律授权,那么行政机关不得介入到公民、组织的自由行为之中。在“张永利与鸡东县市场监督管理局等行政处罚案”中,审理法院认为:“根据法无禁止即自由的原则,本案中贾世云出售的蜂蜜是自产自销的农产品,没有对所销售产品采取包装标识的义务。”^⑨根据《农产品质量安全法》第二十八条规定:“农产品生产企业、农民专业合作社经济组织以及从事农产品收购的单位或者个人销售的农产品,按照规定应当包装或者附加标识的,须经包装或者附加标识后方可销售。”那么,只有农产品生产企业、农民专业合作社经济组织以及从事农产品收购的单位或者个人才有义务进行包装标识。对于进行自产自销的农户而言,一方面包装标识成本太高,另一方面农户并无法保证常规化的自产自销。因此,行政机关对于农户的自产自销包装问题的监管,既没有相应的法律依据,也没有相应的现实需要。

第二,法无禁止即自由涉及非禁止性规定时由

行政机关进行判断。在现代公共行政中,由于社会经济生活的复杂化,立法者不得不使用不确定法律概念规范人们的生活秩序。正是在这个意义上,通过不确定法律概念,行政机关能够基于专业知识进行有效的裁量活动,进而执行正义。在“益阳君悦花园酒店有限公司诉益阳市城市管理行政执法局城乡建设管理行政处罚案”中,原告认为《城市容貌标准》第7.0.9条规定(建筑物屋顶不宜设置大型广告设施)并不属于禁止性规定,根据法无禁止即自由,建筑物屋顶设置广告设施并不需要审批手续。审理法院则认为:“《城市容貌标准》第7.0.9条虽不属于禁止性规定,但原告对于设置大型户外广告并非享有绝对的自主权。原告仍应履行申请义务,经相关部门审批同意后方可设置。质言之,楼顶‘宜’或‘不宜’设置大型广告设施,应由负责审批的行政主管部门判断,而非原告自行判断。”^⑩在审理法院看来,不确定法律条款不应当直接适用法无禁止即自由,而是应当由行政机关进行判断,只要行政机关的判断符合比例原则。

从以上关于法无禁止即自由的私法适用与公法适用来看,法无禁止即自由首先针对的是国家与公民间的关系。申言之,无论是作为私法原则还是公法原则,法无禁止即自由都涉及了国家与公民间的行为。一方面,法无禁止即自由为国家的行为划定了界限,另一方面,法无禁止即自由又在法律框架之内,承认了一个理性而自由的私人主体。

(二)法院适用法无禁止即自由的问题

通过法院适用法无禁止即自由案例的梳理,可以看到法院适用法无禁止即自由时涉及私法关系,其次还包括了公法关系。通过法无禁止即自由的解释与适用,法院试图澄清争端中的国家与公民形象,解释法律框架内公民的自由空间。不过,通过考察法院解释和适用法无禁止即自由的方法,仍然能够发现其中存在的问题及其困境。

1. 对“法无禁止即自由”产生单薄的理解

所谓对“法无禁止即自由”产生单薄的理解,指的是审理法院在解释和适用法律的过程中,并没有对诉讼两造的争议点所涉及的各种法律规则进行体系化的理解,而是基于法无禁止即自由的简单理解对个别法律规则进行推论。这种对“法无禁止即自

由”的单薄理解,一方面导致相关的法律规则被忽略,另一方面则可能推导出一个有违法律的裁判结果。相反,只有在精细地理解法律规则、法律权利的基础上,才能更为深入地解释和适用法无禁止即自由。

在“郑亮亮与王丹丹探望权纠纷案”中,原、被告在《离婚协议书》中达成了“女方不支付抚养费”的合意,随后根据协议离婚。然而女方随后反悔,向法院起诉要求撤销《离婚协议书》,男方遂反诉要求女方支付抚养费。审理法院认为:“《中华人民共和国婚姻法》第三十七条第一款规定:离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。本案中,原、被告达成的《离婚协议书》中虽系‘女方不支付抚养费’,但现在被告要求原告支付抚养费,且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第九条中仅规定了就财产分割问题,一方存在欺诈、胁迫的情形时,一方可以主张撤销,上述法条中并未规定不能重新要求支付抚养费,根据‘法不禁止即自由’原则以及原告负有支付抚养费的义务的情形,对……抚养费的诉讼请求予以支持。”^④审理法院根据《婚姻法》第三十七条未明确规定重复请求抚养费,结合“法无禁止即自由”原则推导出能够重复请求抚养费,显然存在错误。当事人协议由一方负担全部子女抚养费,本身就得到法律的证成。根据司法解释,在一方有能力抚养孩子的情况下,双方有权利达成协议,由一方负担全部抚养费。^⑤只有在抚养方无力抚养、不利于子女成长、子女要求变更以及其他正当理由,才能主张变更双方子女抚养关系。^⑥即使基于子女增加抚养费的要求,其理由必须基于原定抚养费无法支持子女的抚养。^⑦从这里来看,“法无禁止即自由”的理解,应当结合相应的法律、司法解释以及意思自治,才能正确地适用之。

可以看到,在法院解释和适用法无禁止即自由的过程中,审理法院基于法无禁止即自由的单薄理解,可能导致推导出一个有违法律的决定。相反,法无禁止即自由的解释与适用,必须在妥当理解相应的法律规则、法律权利的基础上,才能正确地发挥法无禁止即自由的功能及其目的。

2. 对“法无禁止即自由”产生不当的适用

所谓对“法无禁止即自由”产生不当的适用,指的是审理法院在解释和适用法律的过程中,基于相应的法律规则就能够解决相关争议,而无需诉诸法无禁止即自由这一原则,或者当事人的请求权基础不在于法无禁止即自由,而在于其他法定权利。这种对“法无禁止即自由”的不当适用,将导致裁判结果无法获得妥当的证成。

在“刘杰英与孙玉琪等机动车交通事故责任纠纷案”中,原告超过了60岁,属于法定退休年龄的劳动者。对于损害赔偿是否应当计算误工费,审理法院认为:“‘法无禁止即自由’,依照现行的法律的规定并不禁止向年满六十周岁的人支付误工费,原审考虑到被上诉人刘杰英家庭的实际状况判处的误工费并无不当。”^⑧实际上,根据我国相关法律的规定,^⑨侵权损害赔偿中的误工费根植于公民的劳动权之中,与权利人是否超过法定退休年龄无关。即使是法定退休的公民,依然能够基于劳动权利而获得相应的报酬。因此,准确地说,损害赔偿之所以包括法定退休人员的误工费,其请求权基础在于公民的劳动权利,而不在于法无禁止即自由。而在“杭州金叶无障碍设备制造有限公司与劳宇伟劳务纠纷案”中,争议焦点在于用人单位对因执行工作而导致损害赔偿的员工是否具有追偿权。其请求权基础可以追溯到相应的司法解释。^⑩在这种情况下,法无禁止即自由是没有相应的适用空间的。审理法院的裁判理由之一认为:“但法律未就用人单位承担侵权责任后,可以向工作人员进行追偿作出规定。根据民法学‘法无禁止即自由’的原理,用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,享有不受追偿的自由。”^⑪这不可避免地就存在不当适用法无禁止即自由的问题。

特别是,法无禁止即自由是一种相对而言抽象的原则,其解释与适用只有在穷尽法律规则的情况下,才有必要出现。在“李成诉大庆市房产管理局房屋登记不予受理案”中,李成认为《民法通则》第二十一条并非限制财产代管人的处分房屋,根据法无禁止即自由的原则,财产代管人应当享有处分权。审理法院则认为,《民法通则》第二十一条已经明确了财产代管人的所有权利,并非赋予财产代管人处分

之权,法无禁止即自由在本案中并不适用:“法不禁止即自由是法律原则,法院审理案件可以适用法律原则,但只有在为弥补法律漏洞,穷尽法律规则时,才能适用法律原则。”^②因此,法无禁止即自由的适用,应当基于特定条件之下,才能准确地发挥作用。

二、法无禁止即自由的理论基础

从法院适用法无禁止即自由的实践上来看,即使是在民事案例中,我们都能够清晰地辨析出其中深刻的国家与公民间的关系,而不仅仅是私人之间的关系。因此,无论是作为私法原则还是公法原则,法无禁止即自由实质上关系到国家理论以及公民的形象。从这个意义上而言,法无禁止即自由并非明日黄花。相反,法无禁止即自由构成了现代国家法律与司法实践的重要前提。就此而言,无论是尚在襁褓中的现代国家还是日趋繁盛的现代国家,法无禁止即自由构成了其底色。

(一)现代国家的兴起与法无禁止即自由

法无禁止即自由的理论渊源,从文本上而言,可以追溯到《法国人权宣言》。至于其思想脉络,则根植于自由主义的传统之中。而《法国人权宣言》的思想基础,则渊源于十八世纪的政治哲学思想之中,其核心思想有二:第一,人是独立的,自由而平等;第二,主权在民。^③而这些思想的背景是现代国家建立之前,君主专制国家统治人民的社会现实。

1. 法无禁止即自由的诞生语境

法无禁止即自由的诞生,与现代国家相伴而生,根植于民主政治的观念之中。

当欧洲启蒙政治思想日益发展为整个社会的观念时,前现代国家的正当性基础就出现危机了。1688年的英国光荣革命、1775至1783年的美国革命、1789年的法国大革命都为民主政治制度提供了推动力。民主政治的观念要求替代前现代国家君权神授的正当性基础,最终衍化为只有人民才能赋予现代国家的正当性。以人民主权为中心的民主政治,进而建构出了现代国家的政治制度。而按照学者的归纳,通往现代社会的民主之路中,主要存在三种类型的革命:第一种类型为议会民主政治革命,以英国光荣革命、法国大革命以及美国革命为范例;第二种类型为自上而下保守革命,以德国、日本革命为典

型;第三种类型为共产主义农民革命,以俄国、中国革命为适例。^④这三种类型的革命,尽管有的面临革命的反复,有的演变为法西斯主义,但是最终都在于建立一种人民主权的现代国家。民主之现代国家的建立之所以曲折,正说明了现代政治观念的形成并非一蹴而就的,而是一个漫长的历史过程。特别是在我国传统帝制中,并不存在民主政治的观念。主流的意识形态最多强调君主爱民,采取宽松、温和的社会政策,这与民主政治是性质完全不同的。^⑤

现代国家的兴起,与公共权力的性质紧密地联系在一起。公共权力必须从人民主权的角度予以理解。即使国家公共权力的构造上能够发挥公共事务处理的职能,然而如果国家公共权力的正当性不是来源于人民,那么这种公共权力依然具有明显的缺陷。十七世纪组织得更好的国家依然必须处理国民不顺从以及内战问题。^⑥在现代政治中,只有以人民主权为归依的公共权力才具有正当性。这种正当性一方面表现在所有国家公共权力必须是服务于人民的,另一方面表现在公民广泛的政治参与。

在这个意义上,作为现代国家兴起过程中重要的文本《法国人权宣言》,直接表征了民主、自由与平等的现代政治思想,勾勒出了现代国家与人民的形象——国家的行为界限与公民的行动自由。《法国人权宣言》第3条主张主权在民,任何组织与个人的权力必须由国民明确授予。这明确地为国家行为划定了界限。随后《法国人权宣言》第4条主张,所谓自由,乃是无害于他人之行为,行动自由之限制,只能由法律为之。《法国人权宣言》第5条则进一步明确法律只能禁止有害于社会之行为,法无禁止即自由。在有论者看来,第5条是承接第4条最后一句而来,进而确定了法律限制的边界与自由保障的空间。^⑦准此,《法国人权宣言》通过第3、4、5条,奠定了法无禁止即自由的语境。

2. 法无禁止即自由的基本任务

从现代国家的兴起过程来看,法无禁止即自由根植于民主政治的观念之中。现代国家的行为是由法律限定的,现代国家的法律在于禁止有害于社会的行为,而法无禁止即自由则如同一张幕布,分离出了国家的行为边界与公民的行动自由空间。

第一,法无禁止即自由指向了国家的行为边界。现代国家因应公共事务处理而建立起来,其行为相应地应当指向公共领域。作为法人的国家的目的不是私人性质,而必须是基于特定的公共利益。^⑤作为法人的国家只能依据创立它的明确目的而行动,即法人的专业化。^⑥特别是,对于国家机构而言,其行为的界限在于法律明确授权,正如《法国人权宣言》第3条所主张:任何团体或个人不得行使国民未明确授予的权力。基于人民主权的观念,即使国家机构的行为能够为人民带来实际的好处,然而只要这种行为未获得法律明确授权,仍然无法获得合法性。而基于法律明确授权,国家机构则根据相应的组织和程序实现特定的公共目的。这些国家机构的组织和程序,一方面需要以专业制度的形式达致国家治理有效性要求,另一方面还需要在“目的—手段”意义上符合比例原则的要求。

第二,法无禁止即自由捍卫了公民的行动自由。现代国家是因应公共事务处理的需求而建立起来的,因而仅仅在涉及公共事务的领域,公民才将自己的权力交由公共机构统一行使。在这个意义上,公民会受到行为上的法律限制,比如对于社会有害的行为。除法律限制以外,都是公民的行动自由空间。禁令以外,都是自由的领域。^⑦不过,有论者认为,在公共生活之中,公民除了服从法律限制之外,还需要服从道德规范,因而法无禁止即自由存在重大的逻辑缺陷。^⑧实际上,法律的强制性手段明显有别于其他规范,正是在这一意义上,法律是由专门的执行人员的强制所保证的正当秩序。^⑨基于此,法无禁止即自由所呈现的公民意思自治空间能够表征公民的行动自由。特别是,无论是公民在法律限制之外是一个意志坚强之人,还是一个随波逐流之人,都是公民人格的自我塑造。尽管意志坚强在日常道德观念上能够获得更多的赞赏,但公民依然有自由基于自己的选择而过一种自己想要的生活。

(二)法无禁止即自由中人的形象与国家理论

法无禁止即自由根植于现代民主政治之中,也就预设了一定的人的形象与国家理论。事实上,人类离不开公共生活,因而或多或少需要依赖于一定

的公共机构来处理公共事务。妥当的公共权力,是基于人民的审慎衡量而设置的稳定构造,才能符合公共事务处理的需要。公共权力的出现,本质上是因应公共事务的需要。通过这种方式,人们可以更为自由地追求自己的生活。

1. 作为法人的国家

公共权力的出现,是公共生活发展的必然,然而关键的问题在于形塑妥当的公共权力构造来回应公共生活的需求。“只要社会一越出这一制度所适用的界限,氏族制度的模式就来到了;它就被炸毁,由国家来替代了。”^⑩由于生产力的提升,氏族制度已经无法回应公共生活的发展,因此人们只能期待正在产生的国家。^⑪军队的出现、官职的设置表征了国家的出现,这些配置正说明了公共生活的新的形式:第一,它产生了一种有别于人民间联合武装的公共权力;第二,人民的划分不再是基于亲属血缘关系,而是基于共同居住地区的公共目的。^⑫总而言之,这是一种和人民相分离的公共权力,^⑬而不是由人民直接行使。

作为公共权力的表征——现代国家,是人民认可而审慎建立起来的。就此而言,由于现代国家是因应公共事务处理的需要,因而其行动的边界蕴含于公共事务之中。在现代国家中,国家通过议会颁布了法律,而后由行政机构和司法机构执行、适用法律。特别是,国家只有通过其所属的国家机构才能有效运作,履行社会救济或者抵御危险等公共事务处理任务。^⑭这要求国家需要像自然人一样具有法律上的人格,才能拥有法律能力,进而享有权利和义务。国家是作为法人而拥有法律能力,作出特定的行为,进而承担相应的责任。总而言之,现代国家是作为服务人、保存人与完善人而存在的公共机构,正如约翰·洛克所言:“(国家权力)这一切都没有别的目的,只是为了人民的和平、安全和公众福利。”^⑮

2. 作为自主的人

在现代国家,对于人的理解显得非常重要。在现代政治思想中,人是作为自主性主体的存在。人们基于认可和审慎建立现代国家来处理公共事务。特别是,为了促使公共权力服从理性标准和法律的

形式,正如哈贝马斯所言,作为非公共权力的公众,一方面划定了不受公共权力管辖的私人领域,另一方面又超越个人家庭而持续关注公共事务,对其展开合理的批判。^④

所谓自主性,借用密尔的主张,那就是:“对于他自己,对于其身体和心灵,个人就是最高主权者”。^⑤“人们若要干涉群体中任何人的行动自由,无论干涉出于个人还是出于集体,其唯一正当的目的乃是保障自我不受伤害。反过来说,违背其意志而不失正当地施之于文明社会任何成员的权力,唯一的目的也仅仅是防止其伤害他人。”^⑥只有通过这种自主性,一方面,人们才有相应的意识和理性判断去认可和同意现代国家的建立。另一方面,人们才有相应的能力在公共领域和私人领域去从事特定的事业。特别是这种自主性,不会受到来自组织和个人的妨碍。每一个自主性的人,都是一个具有无限可能的存在,进而繁盛人类的共同体生活。而这种自主性,意味着一种每个人有能力去创造和改变自己的生活,进而值得人的尊重。^⑦正是在这个意义上,现代政治实践,无不通过相应的制度化行为,捍卫人的自主性。法无禁止即自由即是其中最为关键的思想之一。

因此,法无禁止即自由,无论是指向公法领域还是私法领域,一方面在于相信人的自主性,另一方面又在于防止任何人或组织对于权利人的伤害。就此而言,基于人的形象与国家理论的预设,法无禁止即自由一方面对于“何为法”有一种规范性主张,另一方面在于捍卫人的自主性。

三、法无禁止即自由的双重构造

从前述关于法无禁止即自由的理论基础来看,法无禁止即自由是作为一种自由装置而出现的,指向了国家与公民之间。由此而来,法无禁止即自由相应地涉及了国家与公民、公民与公民之间的自由权利问题。正是在这个意义上,法无禁止即自由存在一个处理公与私的双重构造。正是这一构造,在法院解释和适用法无禁止即自由的过程中,无法完全抛开对于国家权力与公民自由的理解。就此而言,法无禁止即自由是作为法院解释和适用法律的无声的序言。

(一)国家与公民关系中的法无禁止即自由

在国家与公民的关系中,法无禁止即自由中的“法”到底是什么。很多学者或者法院在理解法无禁止即自由的时候,由于抛开了法无禁止即自由的理论背景,因而往往扩大或者矮化了对于“法”的解释。有论者认为,法院所适用的法律,除了立法条文之外,还包括立法精神及目的和法律精神及目的。^⑧乃至为了为了实现个人和社会福利,在不减损公民自由之情形下,政府能够没有法律授权而行动。^⑨无可讳言,自从评价法学以及法律现实主义的兴起以来,人们已经认识到法律适用不再是如同自动售货机一般——投入案件资料,吐出司法判决,^⑩而是一个解释和再造法律的过程。尤其是在疑难案件之中,司法需要通过漏洞填补乃至司法创制的方式解决诉讼纠纷。正如现代法律解释学所揭示的,法官从事的是一种解释性的事业。甚至有论者言,法律创设并不限于制定法的层面,而是发生于法律具体化与个别化的所有领域。^⑪

然而,这并不能忽略了法律适用应当受到法律文本的拘束。实际上,在从现代国家的性质上而言,法无禁止即自由中的“法”首先是实证法,即是由权力机关制定或者承认的行为规范,或者是由一套效力判准筛选出来或确定的行为规范。进一步而言,法无禁止即自由中的“法”主要是由明确的法律规则与法律原则构成。由不同层级的法律规则与法律原则所构成的法律规范,在国家与公民之间构建起了公民自主的行动自由空间。不过,在现代国家,法律本身是公民权利的体现,是公民自由的基本前提,然而作为法律的自由本身是由共同体所确定的,与在法律框架之内基于每个人的决定而自由行动还是有所不同。前者指向普遍、相同意义上的公民行为,而后者则指向变化、多元意义上的公民行动。因此,在国家与公民关系中的法无禁止即自由,意在于捍卫公民的行动自由空间,让每一个公民都能够发挥自己的自由意志,繁盛自己的人生。就此而言,法院解释和适用法无禁止即自由时,应当着眼于法律为公民所确定的自主性空间。

(二)公民与公民关系中的法无禁止即自由

在国家与公民的关系中,主要确定的是法无禁

止即自由中何为法的问题,而在公民与公民的关系中,则涉及法无禁止即自由中何为自由的问题。一般而言,自由即是在法律框架之内无害于他人。不过在这里必须进一步区分公民与公民间契约关系与非契约关系。这二者涉及不同的自由问题。对于契约关系,这是当事人基于意思自治而形成的,是当事人自由决定的结果,因而当事人应当遵从或受制于契约的内容。而对于非契约关系,则应当衡诸当事人各自的权利,进而确定行动自由的空间。

第一,当涉及契约关系时,除非契约关系的内容为法律明文所禁止,当事人应当有约必守。作为一个自主的人,基于自由决定而作出承诺,本身就构成了其行为的边界,更是其自由行为的体现。对于这一方面,只要法院在诉讼纠纷过程中依照相关的契约法律进行裁判,而无需提及法无禁止即自由。有约必守本身就蕴含在法无禁止即自由这一原则之中,是当事人意思自治的表达。

第二,当涉及非契约关系时,当事人之间的关系会涉及更为复杂的权利冲突问题。在法律没有禁止某个行为时,具体当事人有相应的行动自由。然而当事人的行动自由是存在边界的,那就是不得对他人造成伤害。在“常俊华与常州市金坛区市场建设发展有限公司股东知情权纠纷案”中,其争议点在于公司股东之查阅账簿权能否委托行使。《公司法》(2013年修订版)第三十三条第二款赋予了股东查阅权。^④根据该条款,一方面,法律并没有限制公司股东之查阅账簿权不得委托行使;另一方面,这个权利的行使存在一定的限制,即公司有合理理由认为股东查阅账簿存在不正当目的而损害公司合法利益时,得拒绝之。在审理法院看来:“我国公司法没有规定知情权必须由本人行使,或者禁止股东委托他人协助其行使。根据法无禁止即自由的原则,股东委托他人协助其参阅会计账簿也是不存在法律障碍的。”^⑤就此而言,根据法无禁止即自由的原则,公司股东之查阅账簿权得以委托他人行使。不过,需要进一步分析的问题在于,公司股东之查阅账簿权委托行使之界限。针对这个问题,审理法院进一步从账簿查阅之专业性与以及审计人员的职业纪律出发,论证了公司没有合理理由拒绝公司股东查阅账簿权之委托行使。

结语

人类的进步,与自由紧密相连。在人类公共生活的历史过程中,通过法律安排和制度化人类的行为已经成为一种现代文明重要构成。在法律制度框架之内,强制与自由构成了永恒的主题。但是,这并不妨碍法律制度最终在于确保人的自由、自主性。法无禁止即自由这一原则便构成了这一政治思想的重要表征。通过法无禁止即自由的解释与适用的实践考察,法院在适用这一原则时,仍然需要通过回溯到现代国家与人的形象这些基本的命题之上,才能更为恰当地实现人的自由。

注释:

①[德]格奥尔格·耶里内克:《〈人权与公民权利宣言〉——现代宪法史论》,李锦辉译,商务印书馆2013年版,第3页。

②[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第164页。

③参见前引②,霍布斯书,第165页。

④参见前引②,霍布斯书,第131页。

⑤[英]约翰·洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、翟菊农译,商务印书馆1981年版,第59页。

⑥参见前引①,格奥尔格·耶里内克书,第58页。

⑦刘星:《对“法不禁止便自由”的重新审视》,载《法律科学》1995年第5期。

⑧王人博、程燎原:《权利论》,广西师范大学出版社2014年版,第245页。

⑨刘风景:《“法无禁止即自由”的中国意义》,载《山东社会科学》2014年第8期。

⑩易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,载《中国社会科学》2014年第4期。

⑪汪习根、武小川:《权力与权利的界分方式新探——对“法不禁止即自由”的反思》,载《法制与社会发展》2013年第4期。

⑫检索时间:2018年8月31日。

⑬参见山东省青岛市市北区人民法院(2015)北民初字第1839号民事判决书。

⑭参见江西省高级人民法院(2017)赣民终262号民事判决书。

⑮参见浙江省宁波市中级人民法院(2017)浙02民申62号民事裁定书。

⑯参见江苏省高级人民法院(2016)苏民申612号民事裁定书。

⑰参见贵州省安顺市中级人民法院(2014)安顺市民终字第384号民事判决书。

⑱参见重庆市潼南区人民法院(2016)渝0152民初4355号民事判决书。

⑲参见黑龙江省鸡西市中级人民法院(2017)黑03行终40

号行政裁定书。

②参见湖南省益阳市赫山区人民法院(2017)湘0903行初42号行政判决书。

③参见山西省高平市人民法院(2017)晋0581民初1151号民事判决书。

④《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(法发[1993]30号)第十条:“父母双方可以协议子女随一方生活并由抚养方负担子女全部抚育费。但经查实,抚养方的抚养能力明显不能保障子女所需费用,影响子女健康成长,不予准许。”

⑤《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(法发[1993]30号)第十六条:“一方要求变更子女抚养关系有下列情形之一的,应予支持。(1)与子女共同生活的一方因患严重疾病或因伤残无力继续抚养子女的;(2)与子女共同生活的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为,或其与子女共同生活对子女身心健康确有不利影响的;(3)十周岁以上未成年子女,愿随另一方生活,该方又有抚养能力的;(4)有其他正当理由需要变更的。”

⑥《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》(法发[1993]30号)第十八条:“子女要求增加抚育费有下列情形之一,父或母有给付能力的,应予支持。(1)原定抚育费数额不足以维持当地实际生活水平的;(2)因子女患病、上学,实际需要已超过原定数额的;(3)有其他正当理由应当增加的。”

⑦参见河南省信阳市中级人民法院(2016)豫15民终596号民事判决书。

⑧《民法通则》第一百一十九条:“侵害公民身体造成伤害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。”《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2004)第二十条第三款:“受害人有固定收入的,误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的,按照其最近三年的平均收入计算;受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的,可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。”

⑨《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2004)第九条第一款:“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。”

⑩参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2013)杭余塘商初字第613号民事判决书。二审法院虽然支持了一审法院的判决,但是主要集中于用人单位是否具有追偿权的问题展开论证。参见浙江省杭州市中级人民法院(2013)浙杭商终字第2168号民事判决书。

⑪参见黑龙江省高级人民法院(2017)黑行申297号行政裁定书。

⑫张奚若:《人权宣言的来源问题》,载王建学编:《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第160页。

⑬[美]巴林顿·摩尔:《专制与民主的社会起源:现代世界形成过程中的地主和农民》,王茁、顾洁译,上海译文出版社2013年版,第427页。

⑭谢维扬:《中国早期国家》,浙江人民出版社1995年版,第474页。

⑮[美]斯特雷耶:《现代国家的起源》,华佳、王夏、宗福常译,格致出版社2011年版,第57页。

⑯参见前引⑮,张奚若文。

⑰[法]让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第62页。

⑱[法]古斯塔夫·佩泽尔:《法国行政法》,廖坤明、周洁译,国家行政学院出版社2002年版,第98页。

⑲参见前引⑱,易军文。

⑳谢晓尧:《竞争秩序的道德解读:反不正当竞争法研究》,法律出版社2005年版,第130页。

㉑[德]马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,第45页。

㉒[德]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译,人民出版社1972年版,第143页。

㉓参见前引⑲,恩格斯书,第112页。

㉔参见前引⑲,恩格斯书,第112页。

㉕参见前引⑲,恩格斯书,第116页。

㉖[德]齐佩尔乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第123页。

㉗参见前引⑲,约翰·洛克书,第80页。

㉘[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第23页。

㉙[英]密尔:《论自由》,孟凡礼译,广西师范大学出版社2011年版,第10页。

㉚参见前引⑲,密尔书,第10页。

㉛Avishai Margalit, *The Decent Society*, translated by Naomi Goldblum, Harvard University Press, 1996, p.73.

㉜参见前引⑲,刘星文。

㉝参见前引⑲,汪习根、武小川文。

㉞[德]马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,第52页。

㉟[德]马蒂亚斯·耶施泰特:《法理论有什么用》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第145页。

㊱《公司法》(2013年修订版)第三十三条:“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法权益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。”

㊲参见江苏省常州市中级人民法院(2017)苏04民终919号民事判决书。